

INTRODUCTION GENERALE

On définit le droit commercial comme étant l'ensemble des règles édictées dans l'intérêt du commerce et des commerçants. Si le législateur a prévu des règles particulières, c'est parce que le monde du commerce ne peut pas se satisfaire des règles de droit civil et notamment celles qui s'appliquent en cas d'insolvabilité d'un débiteur. En effet, le droit civil se limite à offrir aux créanciers impayés des voies d'exécution qui leur permettent d'exécuter individuellement sur les biens de leur débiteur. Il s'agit donc de poursuites individuelles de telle sorte que le paiement est le prix de la course. Autrement dit les premiers venus sont les premiers servis.

Dans le domaine des relations commerciales, l'insolvabilité d'un débiteur commerçant est une situation dangereuse qui ne peut pas être traitée aussi simplement. En effet, le monde du commerce vit du crédit et chaque commerçant effectue tous les jours de nombreuses transactions dans lesquelles il est parfois débiteur et parfois créancier. La défaillance d'un débiteur commerçant implique, donc, un risque ignoré du droit civil puisqu'elle risque de se propager aux autres commerçants. Ainsi un commerçant impayé peut se retrouver en difficulté économique dans la mesure où il ne peut plus faire face à ses engagements. C'est pour cette raison que les commerçants ont besoin de règles particulières différentes de celles posées par le droit civil et inspirées surtout d'une approche collective qui assure un traitement égal entre les différents créanciers chirographaires qui n'ont pas été payés. C'est cette approche collective que traduit le terme « procédures collectives »

Ainsi lorsqu'on parle des procédures collectives, on vise les règles de droit commercial applicables lorsque un commerçant débiteur n'est plus en mesure d'honorer ses engagements à l'égard de ses créanciers eux mêmes commerçants.

Le code de commerce (C.C) a prévu deux procédures collectives réservées aux entreprises en difficultés économiques.

La première est une procédure de sauvetage réservée aux commerçants honnêtes mais malheureux. C'est le concordat préventif.

La deuxième est une procédure de naufrage réservée aux commerçants malhonnêtes. C'est la procédure de faillite.

Le choix entre ces deux procédures se faisait d'après un critère moral à savoir l'attitude honnête ou malhonnête du commerçant et non pas sur la base d'un critère économique, ce qui a conduit à des choix anti-économiques, puisqu'une entreprise qui n'est plus viable économiquement pouvait bénéficier du concordat préventif parce que le commerçant était honnête, et inversement une entreprise viable économiquement était liquidée simplement parce que le commerçant était malhonnête. Néanmoins, ces règles pouvaient se justifier à l'époque. En effet, le

commerce se limitait essentiellement au petit commerce de détail , ce qui a fait du C.C un texte de conception classique qui s'adresse essentiellement aux commerçants personnes physiques. D'ailleurs sur les 150 articles réservés aux procédures collectives seuls 5 concernent la faillite des entreprises.

Conscient que les dispositions du C.C sont devenues vieillissantes, alors que le paysage économique du pays a considérablement changé, le législateur tunisien est intervenu en 1995 pour introduire une refonte du droit de procédures collectives à travers la loi n°95-34 du 17 Avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques telle que modifiée à deux reprises par la loi n°99-63 du 15 juillet 1999 et par la loi n°03-79 du 29/12/2003. La loi de 1995 a été suivie d'une autre loi n°95-35 qui a abrogé les articles du C.C relatifs au concordat préventif.

L'intervention du législateur était devenue indispensable pour un certain nombre de raisons :

D'abord, on a voulu se doter, comme les autres pays, d'une législation moderne tournée vers le sauvetage des entreprises et non pas des seuls commerçants. C'est dans ce sens que l'article 1^{er} de la loi prévoit que « **le régime de redressement tend essentiellement à aider les entreprises qui connaissent des difficultés économiques à poursuivre leurs activités et à maintenir les emplois et à payer leur dettes** »

De même l'article 3 nouveau prévoit : « **bénéficie de ce régime toute personne physique ou morale assujettie au régime d'imposition réel exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ainsi que les sociétés agricoles ou de pêche** »

Il en résulte que les procédures collectives sont désormais applicables et aux commerçants personnes physiques, et aux commerçants personnes morales.

Ensuite, le législateur a voulu dépasser l'échec qu'a connu l'institution du concordat préventif qui visait la sauvegarde des commerçants honnêtes. Le concordat préventif est, en effet, un accord entre le commerçant débiteur et ses créanciers qui prévoit soit une remise des dettes soit un rééchelonnement des dettes. Cependant, et puisque les conditions de bénéfice du concordat préventif étaient très sévères voire même impossibles à vérifier, très peu de commerçants pouvaient en bénéficier, ce qui a conduit, en pratique, à une application systématique de la faillite.

En outre, on a voulu tenir compte du nouveau contexte économique du pays (l'adhésion de la Tunisie à l'OMC, la signature de l'accord du libre échange avec l'Union Européenne ...) qui soumet les entreprises tunisiennes à une concurrence très forte et qui risque d'avoir comme conséquence la disparition de nombreuses entreprises tunisiennes.

Enfin, le législateur a voulu intervenir pour mettre fin à la confusion entreprise et entrepreneur et dissocier le sort de l'homme dirigeant et celui de l'entreprise, entité économique indépendante, et ce en faisant prévaloir les données économiques sur les données morales et juridiques.

1^{ère} partie : le sauvetage des entreprises en difficulté

2^{ème} partie : le naufrage des entreprises en difficulté

Première Partie : le redressement des entreprises en difficultés économiques

Partant de l'idée selon laquelle il vaut mieux prévenir que guérir, le législateur de 1995 a multiplié les procédures de sauvetage des entreprises en difficultés économiques. En effet, et en application de l'article 2 de la loi « **le régime de redressement comprend la notification des signes précurseurs de difficultés économiques, le règlement amiable et le règlement judiciaire** ». Ces procédures sont appelées à jouer en fonction de la gravité des difficultés que connaît l'entreprise. Si les deux premières sont des mesures de prévention dans la mesure où elles interviennent avant tout cessation de paiement, la 3^{ème}, à savoir, le règlement judiciaire (RJ) est une mesure curative puisqu'elle intervient une fois que l'entreprise est en état de cessation de paiement.

Chapitre 1 : la notification des signes précurseurs de difficultés économiques

Il s'agit d'une mesure de précaution qui a pour objectif d'alerter les chefs d'entreprise afin d'attirer leur attention sur les difficultés économiques qui s'annoncent et qui menacent leurs entreprises. Pour ce faire, la loi a prévu deux types d'alerte : une alerte externe et une alerte interne.

Section 1 : la procédure d'alerte externe

Cette alerte est effectuée par une commission spécialisée créée auprès du ministère de l'industrie, appelée la commission de suivi des entreprises économiques (CSEE). Cette commission a, en vertu de l'article 4 de la loi, plusieurs attributions :

- elle est d'abord chargée « **par l'intermédiaire d'un observatoire national de centraliser, d'analyser, et d'échanger les données sur l'activité des entreprises en difficultés économiques, dans le cadre d'un réseau informatique, avec les parties intéressées** ». Pour recueillir ces informations, la loi a prévu plusieurs sources d'informations de la CSEE. Il s'agit, d'après l'article 5 de la loi, de l'inspection du travail, de la CNSS, des services de la comptabilité publique, et des institutions financières qui « **doivent informer la commission, de tous actes constatés par eux, et menaçant la continuité de l'activité de l'entreprise, et notamment en cas de non paiement de ses dettes, 6 mois après leurs échéances** ». Le même article ajoute dans son deuxième alinéa, introduit par la réforme de 2003, une nouvelle source d'information à savoir les associés, puisqu'il

prévoit que « la notification doit également être faite par l'associé ou les associés détenant, au moins le dixième du capital une société en difficultés économiques, s'il s'agit d'une société de capitaux ou d'une SARL, dans les autres sociétés elle doit être faite par tout associé nonobstant la part du capital social qu'il détient ».

Il s'agit ici d'une nouveauté introduite suite à la promulgation du nouveau code des sociétés commerciales qui instaure un véritable droit à l'information au profit des associés minoritaires.

- Ensuite, la commission est chargée « de fournir au président du tribunal de première instance, dans le ressort duquel le débiteur a son siège principal, chaque fois qu'il le lui demande tous les renseignements dont elle dispose, et notamment de toute entreprise dont les pertes ont atteint, le tiers du capital, ainsi que de toute entreprise dont l'existence de situations ou actes de nature à menacer la continuation de son activité ».

Il faut noter, à cet égard, qu'il appartient aux commissaires aux comptes(CAC) d'informer la CSEE de toute perte du tiers du capital. Cependant, pour les autres sociétés, il est difficile de déceler cette perte à moins que leurs déclarations fiscales ne le fasse apparaître. On en déduit que l'ouverture de la procédure de notification des signes précurseurs, reste tout de même réservée aux grandes entreprises économiques, ce qui est de nature à réduire sensiblement sa portée et donc son efficacité.

- Elle est chargée, en outre, de proposer des plans de redressement des entreprises, et elle émet obligatoirement son avis, sur les plans de redressement soumis au tribunal.
- elle est également chargée de recevoir les demandes présentées par les dirigeants pour être admis au bénéfice du règlement amiable (RA). Cette attribution permet à la CSEE d'établir le diagnostic préliminaire de l'entreprise, et de le transmettre au président du tribunal de première instance, pour qu'il puisse se prononcer sur l'ouverture du RA.

D'après l'article 8 nouveau « le président du tribunal procède dès la réception de la notification des difficultés économiques, à la convocation du dirigeant de l'entreprise ou son propriétaire, pour lui demander les mesures qu'il compte prendre pour surmonter les difficultés que confronte l'entreprise et lui fixe à cet effet un délai ». Il ressort de cet article que le président du TPI est appelé à apprécier individuellement les solutions proposées par les dirigeants. Ceci ne devrait pas poser de problèmes lorsque les actes menaçant l'activité de l'entreprise sont d'ordre juridique, comme par exemple, le dépassement du pouvoir par les dirigeants sociaux, ou encore lorsque ces derniers privilégient un créancier par rapport à d'autres... . Un problème se pose lorsque les premiers signes de difficultés sont d'ordre

économique. En effet, le président du TPI n'est pas habilité à apprécier seul les solutions proposées. C'est pourquoi la loi aurait du prévoir qu'il soit assisté par un ou plusieurs experts. De toutes les façons, le président ne va réellement intervenir, que lorsque les solutions sont vraiment inefficaces, ou lorsque le délai fixé est expiré sans qu'aucune solution ne soit envisagée.

C'est dans ce sens que l'article 8 dispose « à la l'expiration de ce délai, le président du tribunal, peut ordonner l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, si ces conditions sont réunies. En cas d'urgence, il peut également décider l'ouverture immédiate d'une période d'observation, et désigner un juge commissaire, un administrateur judiciaire, et un expert en diagnostic. »

Il faut, cependant, souligner que lorsque le dirigeant est vigilant et diligent, il ne va pas attendre que les autres dénoncent les difficultés que connaît son entreprise. Il peut, en effet, et avant que la situation ne s'aggrave saisir le tribunal pour qu'il soit admis au bénéfice du RA.

Section 2 : la procédure d'alerte interne

Cette alerte a été confiée à un organe interne à l'entreprise à savoir le commissaire aux comptes. Elle est également, déclenchée depuis la loi de 2003, par les associés

Paragraphe 1^{er} : l'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes

C'est l'article 6 de la loi qui met à la charge du CAC « de demander par écrit au dirigeant des éclaircissements relatifs à tous actes menaçant l'activité de l'entreprise, relevés à l'occasion de l'accomplissement de ses fonctions. Ce dernier doit y répondre par écrit dans un délai de quinze jours. A défaut de réponse, ou en cas de réponse insuffisante, le commissaire aux comptes, soumet la question au conseil d'administration de l'entreprise ou au conseil de surveillance, et en cas d'urgence, il convoque l'assemblée générale des actionnaires et ce dans un délai ne dépassant pas un mois de la date de réception de la réponse ou de l'expiration du délai de réponse ».

L'intervention du commissaire aux comptes semble être de portée limitée puisque l'article 6 lie la procédure d'alerte à l'existence du commissaire aux comptes qui est obligatoire, il est vrai, dans les sociétés anonymes et dans les SARL qui répondent aux conditions posées par l'article du code des sociétés commerciales. Néanmoins, Il faut également rappeler que toute société commerciale, doit, par application de l'article 13 du CSC **« désigner un commissaire aux comptes, si durant trois exercices successifs, son chiffre d'affaire ou son capital dépasse un montant fixé par arrêté du ministre chargé des finances »**

A priori, l'article 6 s'adresse, donc, à toutes les catégories de sociétés. Or, on peut émettre des réserves dans la mesure où l'article parle du CA du CS et de l'AG qui n'existent que dans les sociétés par actions. Il en résulte que le devoir d'alerte, n'est prévu que dans ce type de sociétés, ce qui exclu les autres types de sociétés et rend la portée de l'alerte très limitée.

Dans ces autres sociétés, le législateur aurait pu confier l'alerte aux comptables, qui y existent normalement.

A) Rôle du commissaire aux comptes

Il s'agit ici de déterminer les actes ou les faits qui donnent lieu à l'alerte.

D'après l'article 6, le commissaire aux comptes, doit révéler, tout acte menaçant l'activité de l'entreprise. On remarque que le législateur emploie une forme volontairement vague, qui peut englober tout acte sans aucune précision, et qui laisse une grande marge de manœuvre au CAC, ce qui est en soi quelque peu grave puisque le défaut d'alerte est sanctionné pénalement par l'article 55a1 2 de la loi qui punit de sanctions pécuniaires « **le CAC qui s'abstient de la notification bien qu'il ait eu connaissance des difficultés de l'entreprise** ». C'est pourquoi quelques précisions doivent être apportées pour déterminer ces actes :

- Il peut s'agir des faits et actes fondés sur la situation financière de l'entreprise, et qui risquent de provoquer une cessation de paiement tels que par exemple une situation nette négative, un fond de roulement dégradé, une trésorerie négative, une décision de la société de supprimer une ou plusieurs filiales...
- Il peut s'agir des faits fondés sur l'exploitation elle-même, tel que l'importance des frais financiers, l'insuffisance de l'excédent brut d'exploitation....
- Il peut s'agir des faits résultant de la conjoncture économique et de l'environnement de l'entreprise comme par exemple la diminution des commandes, les difficultés d'approvisionnement en matière première.....

De toutes les manières, et quelque soit leur nature, les actes doivent menacer la continuité de l'activité de l'entreprise, et ne doivent pas avoir donné lieu à une réaction appropriée du dirigeant, puisque l'alerte a pour objectif d'attirer son attention sur la gravité des actes qui risquent d'affecter dans un avenir prévisible la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Ainsi, le commissaire au compte dispose, désormais et en vertu de la loi de 1995 de deux missions : une mission traditionnelle qui consiste dans le contrôle des comptes et une mission qui consiste dans le déclenchement d'alerte.

Cependant la portée de cette mission doit être précisée à deux niveaux :

- **D'abord elle ne doit pas être systématique** : c'est-à-dire que le commissaire au compte ne doit dénoncer que les faits dont il a eu connaissance à l'occasion de l'accomplissement de ses fonctions. Dès lors,

on ne peut lui reprocher de ne pas avoir déclenché l'alerte, si les actes menacent l'activité de l'entreprise, ne pouvaient lui être révélés qu'à travers des investigations qui dépassent l'exercice habituel de sa mission. Par contre, sa responsabilité serait engagée s'il ne tirait pas la sonnette d'alarme, lorsque les faits menaçant l'activité de l'entreprise sont évidents. Sa responsabilité est donc engagée lorsqu'il s'agit d'une simple négligence ou lorsqu'il n'a pas su détecter les indices de difficultés alors qu'il aurait dû en prendre connaissance.

Il engage aussi sa responsabilité s'il déclenche une alerte tardive ou prématurée. En effet, si l'alerte est tardive, elle risque de ne pas pouvoir redresser une situation qui est déjà compromise. Si elle est prématurée, elle risque d'aggraver les difficultés qui s'annoncent et inquiéter les partenaires de l'entreprise.

- **Elle ne doit pas constituer une immixtion dans la gestion** : il est, en effet, traditionnellement admis que la mission du CAC est une stricte mission de contrôle et non d'intervention dans la gestion de l'entreprise. Par conséquent, le CAC doit se garder, une fois l'alerte déclenchée, de proposer les moindres solutions au dirigeant ni de remettre en cause sa gestion de l'entreprise. L'alerte doit donc être purement objective, elle doit simplement dénoncer les faits sans expliquer leurs causes ou chercher à leur trouver des solutions.

B) Le déroulement de la procédure de notification

C'est l'article 6 de la loi qui décrit la procédure de notification qui comporte trois phases :

- D'abord, une phase confidentielle dans laquelle le CAC va demander par écrit des éclaircissements relatifs aux actes dont il a eu connaissance et qui sont susceptibles de menacer l'activité de l'entreprise. Lorsque dans un délai de 15 jours, le CAC reçoit une réponse suffisante, les choses vont rester à ce stade et la procédure de notification prend fin à ce niveau. A l'inverse, et en l'absence de réponse de la part du dirigeant ou en cas de réponse insuffisante, la procédure rentre dans sa deuxième phase puisque le commissaire aux comptes soumet la question au CA ou au CS. L'alerte est, ainsi, quelque peu élargie, mais elle reste toujours en rapport avec les organes de gestion de l'entreprise ou du contrôle de gestion.
- Ensuite, Cette deuxième phase, de confidentielle, peut devenir publique et intéresser tous les actionnaires puisque et en vertu de l'article 6 le CAC peut, en cas d'urgence, et dans le même délai convoquer l'AG des

actionnaires. Cette phase n'est pas cependant systématique car elle est conditionnée et doit être motivée par l'urgence.

- Enfin, lorsque le commissaire constate la persistance des mêmes menaces, il doit adresser dans un délai d'un mois un rapport à la CSEE. C'est là la troisième phase de la procédure de notification réglementée non dans l'article 6 mais dans l'article 7. On en déduit que cette alerte ne va pas rester strictement interne du moment que la CSEE va être saisie mais en dernier ressort.

Paragraphe 2 : L'alerte déclenchée par les associés

Il s'agit d'une alerte déclenchée par l'intermédiaire des questions écrites que les associés pourront poser aux dirigeants. En effet et par application de l'article 138 du CSC « **tout associé non gérant pourra deux fois par exercice poser une question écrite au dirigeant sur tout acte ou fait de nature à exposer la société à un péril** ». Le critère est ici différent de celui sur la base duquel l'alerte du CAC est déclenchée puisque le critère choisi par l'article 138 à savoir que les actes doivent exposer la société à un péril est beaucoup plus large et englobe tous les actes qui peuvent menacer la continuité de l'activité de l'entreprise. Le texte ajoute dans son alinéa 2 que « **le gérant est tenu de répondre par écrit dans le mois de la réception de la question. Sa réponse doit être obligatoirement communiquée au CAC s'il en existe un.** » On remarque qu'il s'agit ici d'une procédure quelque peu illusoire Elle ne permet, en fait, que de démontrer que les associés peuvent être conscients des difficultés de l'entreprise à un moment où les dirigeants peuvent les ignorer.

Chapitre 2 : Le règlement amiable

Ce sont les articles 9 à 17 de la loi qui régissent le règlement amiable (RA) des difficultés économiques des entreprises. Le règlement amiable est la procédure collective qui s'est substituée au concordat préventif du code de commerce et qui constitue, de ce fait, la principale innovation de la loi de 1995.

Le règlement amiable peut être défini comme étant une procédure judiciaire à objet contractuel par laquelle le débiteur en situation difficile, s'accorde avec ses créanciers pour mettre en œuvre des mesures propres à éviter la cessation des paiements de son entreprise. Il s'agit, donc, d'un accord qui ne produit ses effets entre les parties et envers les tiers que lorsqu'il est homologué par le tribunal. Le RA présente ainsi deux caractères :

-Un **caractère judiciaire** qui se vérifie en amont de la procédure, c'est-à-dire lors de l'introduction de la demande, et en aval c'est-à-dire au moment de l'homologation de l'accord par le tribunal.

-Un **caractère contractuel** puisqu'il s'agit d'un contrat entre le débiteur et ses créanciers.

Pour étudier le RA, il faudra suivre une démarche chronologique qui rend compte successivement de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et enfin de son dénouement c'est-à-dire de ses effets.

Section 1^{ère} : L'ouverture de la procédure de règlement amiable

Même si le législateur a conçu le règlement amiable comme une institution purement volontaire, c'est-à-dire qui est soumise à la seule initiative de tout dirigeant, il a imposé des conditions de fond et de forme nécessaires à l'ouverture de la procédure.

Paragraphe 1^{er} : Les conditions de fond de l'ouverture de la procédure

Ces conditions sont relatives aux personnes pouvant bénéficier de la procédure de RA et à la situation économique de l'entreprise débitrice.

A)-Les personnes bénéficiaires du règlement amiable

Pour déterminer ces personnes, il faut combiner l'article 9 et l'article 3 nouveau de la loi. En effet, l'article 3 nouveau prévoit que « **bénéficie de ce régime (le régime de redressement) toute personne physique ou morale assujettie au régime d'imposition réel exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ainsi que les sociétés commerciales, agricoles ou de pêche** ».

Il ressort de cet article que le RA peut être demandé, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, par tout commerçant, industriel ou artisan et par toute

société commerciale exerçant les mêmes activités ainsi que par les sociétés commerciales par la forme ayant pour objet l'agriculture et la pêche. On remarque, ainsi, que pour déterminer le champ d'application du régime de redressement et donc du RA, le législateur a choisi le critère de la nature de l'activité, qui doit être commerciale, industrielle artisanale, agricole ou de pêche lorsqu'elle est exercée dans le cadre d'une société commerciale par la forme.

Il nous faut remarquer à cet égard que la distinction entre l'activité commerciale et l'activité industrielle est sur le plan juridique du pur langage, puisque d'après l'article 2 du CC, l'industrie fait partie des activités commerciales par nature.

Il ressort de l'article 3 que le régime de redressement est destiné aux personnes physiques ou morales assujetties au régime réel d'imposition. Il vise, donc, les personnes qui tiennent une comptabilité conformément à l'article 7 du C.C. Autrement dit les personnes physiques ou morales à l'exception des SARL, SA et des commandités par actions et qui sont soumises à l'impôt sur les sociétés et qui réalisent un chiffre d'affaire (TTC) inférieur à 50000 dinars par année sont soumises au régime forfaitaire et sont donc exclues de procédures de redressement.

Seule la procédure de la faillite demeure applicable aux commerçants, industriels ainsi qu'aux sociétés agricoles ou de pêche. Autrement dit plus de 85% des acteurs économiques sont exclus de toute procédure collective. C'est là l'une des contradictions de la loi de 1995 qui a vidé toutes les procédures collectives de leur substance. Il aurait fallu, en effet, se contenter d'une seule condition à savoir la cessation des paiements.

L'article 9 quant à lui prévoit que « **tout dirigeant d'une entreprise peut avant la cessation des paiements demander par écrit à la commission de suivi des entreprises qu'il soit admis au bénéfice de règlement amiable conformément à l'article 4 bis de cette loi.** » Il s'agit, d'après cet article, d'une procédure qui est soumise à l'initiative de tout dirigeant. Seul le dirigeant peut saisir la CSEE pour bénéficier de la procédure de règlement amiable. Il s'agit d'une décision purement volontaire puisque le dirigeant est libre de solliciter la procédure ou de l'ignorer.

B- la situation économique du débiteur

Pour que la procédure de règlement amiable puisse être ouverte, il faut que l'entreprise soit en difficultés économiques. Il s'agit là de la condition positive imposée par le législateur et qui est très importante puisque le RA se traduit en général par une réduction des dettes ou des délais de paiement plus longs. Il ne faudrait donc pas que le dirigeant d'une entreprise en bonne santé demande le bénéfice d'un règlement amiable dans le seul but d'augmenter ses bénéfices par la réduction de ses dettes.

Pourtant, et malgré son importance, le législateur ne donne aucune définition de la notion de difficulté économique.

Pour demander le RA, il ne faut pas, non plus, que les difficultés économiques soient graves. En effet, et selon l'article 9 la demande de RA doit intervenir avant toute cessation de paiements. Ainsi la cessation de paiements est le principal critère qui permet de connaître la procédure collective qui doit être choisie. En effet, le RA ne peut être mis en œuvre que tant que l'entreprise n'a pas cessé ses paiements. Le règlement judiciaire et la faillite sont engagés après la cessation des paiements.

Mieux encore, même dans le cas de cessation de paiements avec une situation économique désespérée, il n'y aura plus de redressement possible, et donc plus de règlement judiciaire et le tribunal prononcera directement la faillite

La définition de l'état de cessation de paiement : Malgré son importance et jusqu'à la réforme de 2003, le législateur a évoqué la cessation des paiements sans en donner une définition légale et ce contrairement au droit français qui prévoit clairement que « **l'entreprise est en état de cessation de paiement si elle est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible par son actif disponible.** »

En 2003, le législateur tunisien est intervenu dans l'article 18 de la loi pour définir la cessation de paiement comme suit « **est considérée en état de cessation de paiements au sens de la présente loi, notamment, toute entreprise qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible, avec ses liquidités et actif réalisable à court terme.** »

L'existence d'une définition légale de la cessation de paiement est importante, dans la mesure où elle permet aux débiteurs de mieux apprécier la situation économique de leurs entreprises et donc de choisir la procédure à suivre. Or le législateur tunisien en employant l'expression « notamment » ne fait que décrire une situation parmi d'autres dans laquelle une entreprise peut être considérée en état de cessation de paiement.

Face à cette indétermination de la notion, il faut distinguer la cessation des paiements des autres notions voisines :

- **elle se distingue de la notion civiliste de l'insolvabilité.** L'insolvabilité est une notion comptable qui suppose que l'ensemble de l'actif du débiteur est insuffisant pour régler l'ensemble du passif. Autrement dit, c'est la situation dans laquelle le passif est supérieur à l'actif. Comme la cessation de paiements, l'insolvabilité suppose un arrêt matériel de paiement, et c'est en cela où se rencontrent les deux notions mais elles restent indépendantes dans la mesure où d'une part la solvabilité n'exclut pas la cessation de paiements puisqu'un débiteur parfaitement solvable peut être déclaré en état de cessation de paiement si ses actifs ne sont pas suffisamment liquides pour lui permettre de faire face à ses échéances. D'autre part, l'insolvabilité n'implique pas nécessairement la cessation de paiements si les dettes du débiteur ne sont pas immédiatement exigibles

ou s'il dispose pour y faire face d'une réserve de crédit. De plus ces deux notions se distinguent puisque la cessation de paiement consiste dans le fait de ne pas payer une dette exigible alors que l'insolvabilité suppose que l'ensemble de l'actif est insuffisant de régler l'ensemble du passif.

- Par ailleurs, **la cessation de paiement se distingue de la gêne momentanée**. La gêne momentanée est une situation qui est due à une conjoncture économique et sociale difficile. La cessation de paiement est une situation plus grave qui suppose des difficultés étendues dans le temps.

La différence entre ces deux notions est une différence de degré. L'arrêt des paiements causé par une gêne est dû à des causes qu'on peut facilement dépasser alors que la cessation de paiements traduit une situation économique plus grave dans la mesure où elle se présente lorsqu'un débiteur n'est plus en mesure d'honorer ses engagements à leurs échéances. Il s'agit de l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible, c'est-à-dire aux dettes certaines liquides et exigibles quelque soit leur nature commerciale ou civile et quelque soit leur nombre (le non paiement d'une seule dette quelque soit son montant peut être constitutif de l'état de cessation de paiement), avec les liquidités et l'actif réalisable à court terme, c'est-à-dire en d'autres termes l'actif disponible. Les liquidités veulent dire les sommes immédiatement disponibles, c'est-à-dire les fonds existants en caisse ou en banque.

L'actif réalisable à court terme comporte les valeurs réalisables à très court terme et les sommes dont le débiteur peut disposer immédiatement grâce aux ouvertures de crédit qui peuvent lui être consenties.

Cette conception matérielle de la cessation de paiement, qui ne prend pas en considération la situation générale et globale de l'entreprise, ne rend pas compte de la différence qui existe entre la CP comme condition positive de l'ouverture de RJ et la CP dans la procédure de faillite. En effet, dans le cadre du RJ, la cessation des paiements ne doit pas correspondre à une situation économique irrémédiablement compromise, c'est-à-dire sans aucune issue. La CP doit correspondre à une situation de maladie non pas passagère mais chronique sans que cette maladie ne soit révélatrice d'une mort économique traduisant une situation désespérée comme c'est le cas dans le cadre de la faillite.

Paragraphe 2- les conditions de forme de l'ouverture de RA

La demande au bénéficiaire de règlement amiable doit être faite par écrit par le dirigeant de l'entreprise. Elle est selon l'art 9 transmise à la CSEE et doit selon l'art 4 bis de la loi être accompagnée de documents qui sont nécessaires pour

éclairer le juge et notamment pour vérifier l'absence de CP. Les documents sont les suivants :

- la dénomination de l'entreprise demanderesse du redressement ou sa raison sociale et son siège, les noms et prénoms et adresses personnelles de son représentant légal, son numéro d'identifiant fiscal, le numéro d'immatriculation du registre de commerce avec un extrait de ce registre avec le numéro d'affiliation à la CNSS,
- Les causes de la demande de redressement, la nature des difficultés et leur importance,
- Le nombre d'emplois et une liste nominative des salariés,
- L'activité de l'entreprise,
- Le plan de redressement proposé,
- Le compte d'exploitation prévisionnel des deux prochaines années,
- Un état des salaires et autres créances non payées ainsi que les avantages revenant à chaque salarié,
- Un état du patrimoine du débiteur et ses participations,
- Un état de l'actif et dettes de l'entreprise et les titres les justifiant avec indication des identités des créanciers et débiteurs, et leurs domiciles et sièges respectifs,
- Les garanties réelles et personnelles données par le débiteur,
- Le rapport de CAC s'il s'agit d'une société commerciale soumise à l'obligation de désigner un CAC.

L'ensemble de ces exigences est posé sous peine d'irrecevabilité de la demande. Il s'agit d'une nouveauté introduite par l'article 4 bis nouveau « **la demande est obligatoirement rejetée si les documents et données exigées au présent article ne sont pas présentées. Le rejet n'empêche pas la présentation d'une nouvelle demande.** »

Une fois la CSEE saisie de la demande, elle doit établir selon l'article 9 nouveau le diagnostic préliminaire de l'entreprise et le transmettre dans un délai d'un mois au président du tribunal de première instance dans le ressort duquel le débiteur a son siège principal pour se prononcer sur l'ouverture de RA.

Paragraphe 3- le rôle du président de tribunal de première instance

L'article 10 de la loi donne au président du tribunal un large pouvoir d'appréciation avec en plus une possibilité d'investigation pour qu'il soit le mieux informé possible sur la situation de l'entreprise. Sa décision doit être bien préparée avant d'être prise.

A- la préparation de la décision

Le président peut, pour ce faire, décider d'une enquête ou ordonner une expertise

a) l'enquête

Aux termes de l'article 10 nouveau alinéa 2 « **le président peut aussi demander des informations sur la situation de l'entreprise auprès de toute administration ou établissement administratif ou financier et en particulier auprès de la CSEE** ». Les personnes citées ne peuvent pas opposer au juge le secret professionnel pour refuser de lui donner les renseignements qu'il cherche. Cependant, la loi ne prévoit aucune mesure particulière pour les obliger à donner les informations recherchées.

b) l'expertise

L'article 10 permet également au juge de « **charger un expert comptable ou un bureau d'étude pour s'enquérir sur la véritable situation de l'entreprise** ». Il transmet obligatoirement une copie de l'étude de diagnostic à la CSEE pour requérir son avis. Il s'agit donc d'une expertise de diagnostic qui a pour but de vérifier le volet économique, social et financier de l'entreprise. Autrement dit l'expert en diagnostic va faire un audit global de la situation de l'entreprise dans le but de déterminer si un plan de redressement est envisageable ou non et s'il a des chances de réussite.

B- Le contenu de la décision du Président du tribunal

Lorsqu'il est suffisamment informé, le président peut prendre l'une des deux décisions suivantes :

- **rejeter purement et simplement la demande de RA**. Le rejet peut se justifier, soit pour des considérations optimistes, lorsque la situation ne nécessite pas un règlement amiable, soit pour des considérations pessimistes. Avant la modification de 1999, l'article 19 permettait dans cette hypothèse au tribunal de se saisir d'office pour ordonner l'ouverture du règlement judiciaire.
- **accepter la demande et ordonner l'ouverture de la procédure de règlement amiable**, il s'agit ici de la phase judiciaire du règlement amiable.

Section 2- Le déroulement de la procédure du règlement amiable

Tout au long de son déroulement, le débiteur et ses créanciers vont entamer des négociations afin de conclure un accord.

Paragraphe 1 - la recherche d'un accord

Cette phase est régie par l'article 10 nouveau alinéa 1 « dès la réception de la transmission, le président du tribunal décide l'ouverture de la procédure de règlement amiable et désigne un conciliateur chargé d'amener à l'entente le débiteur et ses créanciers, dans un délai qui ne dépasse pas les trois mois prorogeable d'un seul mois. Il peut assumer lui-même cette mission. »

Cette première phase est marquée par la désignation d'un conciliateur qui est chargé expressément d'amener à l'entente le débiteur et ses créanciers. Autrement dit de rapprocher les points de vue des deux parties. Son rôle ne consiste pas, en effet, à administrer ou à gérer l'entreprise en difficultés ni même à négocier directement les termes de l'accord de RA. Sa mission consiste uniquement à animer une négociation à laquelle il n'est nullement parti. Le conciliateur, qui ne dispose pas, d'ailleurs, d'aucune prérogative d'investigation propre, a pour seule source d'information l'ensemble des renseignements que le président de tribunal a pu recueillir. Il s'agit, en quelque sorte, d'un catalyseur.

La désignation d'un conciliateur a pour objectif de faciliter la conclusion de l'accord amiable. Dès lors, on se demande pourquoi le législateur a confiné sa mission dans un délai aussi bref, à savoir trois mois plus un mois de prorogation. Il s'agit, en réalité, d'une solution sage car le législateur veut laisser la possibilité aux entreprises en difficultés de recourir aux autres procédures de redressement. En effet, le temps joue contre l'entreprise puisque en ouvrant le RA l'entreprise est déjà malade, si on passe trop de temps à chercher un accord, la situation pourra s'aggraver et la viabilité de l'entreprise risque d'être irrévocablement compromise.

Au cours de la négociation, le juge sur l'initiative du conciliateur, peut prendre des mesures provisoires citées dans l'article 12 tel que modifié en 2003. En effet, « le président du tribunal ne peut ordonner la suspension des procédures de poursuites et d'exécutions visant le recouvrement d'une créance antérieure à la date d'ouverture de règlement amiable que s'il est établi que son paiement aboutirait à la détérioration de la situation de l'entreprise et une entrave à la possibilité de son redressement, il ne peut

ordonner la suspension des procédures de poursuites et d'exécutions visant la récupération des biens meubles ou immeubles que s'il s'avère qu'ils sont indispensables à l'activité de l'entreprise débitrice. Il peut, aussi, ordonner l'arrêt du cours des intérêts, les pénalités de retard, et suspendre les délais de déchéance, et ce, jusqu'au prononcé du jugement sur la demande de règlement.»

Par ailleurs, l'article 12 nouveau a envisagé les créances revenant aux salariés, ce qui constitue une nouveauté de la loi. Cet article prévoit que **« le président du tribunal saisi de la demande en règlement ne peut ordonner la suspension des procédures de poursuites relatives aux créances revenant aux salariés. Il ne peut également ordonner la suspension des procédures d'exécutions d'un jugement relatif aux créances d'un salarié que si l'exécution est à même d'empêcher le redressement de l'entreprise.»**

Il ressort de cet article qu'à l'égard des salariés, la suspension de poursuite est purement interdite. Quant aux procédures d'exécutions, la suspension n'est permise que si l'exécution empêche le redressement de l'entreprise. Il faut enfin signaler que l'article 12 s'intéresse à la situation de la caution et prévoit que pour ordonner la suspension des procédures de poursuites et d'exécutions visant le recouvrement d'une créance garantie, le président du tribunal doit convoquer la caution ou le gérant ainsi que tout débiteur solidaire et le créancier.

Il faut préciser que cette suspension ne produit d'effet à l'égard de la caution ou du garant que si le créancier la consentie (article 12 alinéa 3)

En contre partie de la suspension des poursuites, il faut suspendre les délais de prescription et de forclusion

Paragraphe 2- la conclusion de l'accord amiable

Le caractère conventionnel du RA implique deux conséquences importantes relatives aux parties à l'accord et à son contenu, de plus le caractère judiciaire implique qu'on s'intéresse à son homologation par le juge

A- les parties à l'accord

Le RA met en présence le débiteur et son créancier. La loi ne donne aucune précision quant à la qualité des créanciers ni sur leurs importance. Néanmoins, tous ne sont pas obligés de participer au RA et le débiteur n'est pas tenu de les convoquer tous. En pratique, ce sont les créanciers dont les créances sont les plus élevées qui participent à la négociation parce qu'ils sont généralement le plus diligents et donc les plus motivés. Exemple, du côté privé, les banques et principaux entrepreneurs. Du côté public, le trésor et la CNSS.

Par ailleurs, aucun créancier ne peut être contraint à participer à la procédure de RA puisque le conciliateur ne dispose à leur égard d'aucun pouvoir coercitif, ce qui constitue d'après certains, une lacune de la loi. Cependant, il ne faut pas

oublier qu'il s'agit d'une procédure amiable et qu'il ne sert à rien d'obliger un créancier à participer au RA pour le voir par la suite le saboter.

Les créanciers partis au RA sont donc ceux qui ont signé l'accord avec le débiteur. Il faut, d'ailleurs, noter que les créanciers signataires ne sont pas obligés d'inclure toutes leurs créances ou l'intégralité de leurs créances dans l'accord.

B- le contenu de l'accord

Il est librement fixé par les parties. En effet, et par application de l'article 13 alinéa premier de la loi « **les parties ne sont astreintes à aucune restriction dans la détermination des clauses de l'accord de règlement** ». Ainsi l'article exprime clairement le principe de la liberté des négociations. En effet, en employant une formule large, le législateur essaie de donner le maximum de chance au succès du RA, ce qui constitue en soi une chance au redressement puisque à travers cette liberté contractuelle laissée aux parties, les créanciers peuvent accorder à leur débiteur le maximum de sacrifices parmi lesquels l'article 13 cite l'échelonnement des dettes et leur remise, l'arrêt du cours des intérêts.

Les moyens de redressement prévus par ce texte ne sont pas nécessairement les mêmes pour tous les créanciers. Le RA n'est pas nécessairement égalitaire entre tous les créanciers.

L'article 13 se limite aux sacrifices consentis par les créanciers et oublie de parler de la situation de débiteur mais il s'agit ici d'une simple apparence, puisque la demande de RA est obligatoire accompagnée d'un plan de redressement par conséquent, les créanciers ne vont consentir à accorder des sacrifices que si le débiteur propose un plan de redressement solide, avec par exemple, comme mesure, l'augmentation de capital, la cessation d'une activité peu rentable, la fermeture de certains de ses établissements etc..

Par application de l'article 13 alinéa 3 « **l'accord est déposé au greffe du tribunal, inscrit au registre du commerce publié au JORT et une copie est transmise à la CSEE** ». Cet article envisage le cas le plus optimiste à savoir l'homologation de l'accord par le juge.

C- l'homologation de l'accord

C'est l'article 13 alinéa 2 qui traite de l'homologation de l'accord par le tribunal. Cette homologation constitue le caractère judiciaire de l'accord.

L'article 13 distingue entre deux sortes d'homologation, la première est de plein droit, la deuxième est facultative.

- **l'homologation de plein droit (obligatoire) :** « le président du tribunal homologue l'accord conclu entre le débiteur et l'ensemble de ses créanciers ». Il s'agit là d'une homologation obligatoire qui ne peut intervenir que si tous les créanciers ont accepté les termes de l'accord.

- **l'homologation facultative :** « il peut homologuer l'accord signé par les créanciers dont le montant des créances représente les 2/3 du montant global des dettes et ordonner le rééchelonnement des autres dettes quelque soit leur nature sur une période ne dépassant pas la durée de l'accord.. ». Cela veut dire en ce qui concerne l'homologation facultative, la majorité en nombre n'est pas prise en considération

L'homologation a une dimension psychologique importante. De plus, elle offre aux parties un titre exécutoire.

Section 3 : les effets du règlement amiable

A l'égard du débiteur, le RA n'opère aucun dessaisissement (reste toujours le chef d'entreprise) mais il est tenu de respecter les termes de l'accord qui produit des effets contractuels à l'égard des créanciers partis et étrangers de l'accord et des effets légaux

Paragraphe 1- Les effets légaux du règlement amiable

A- les effets à l'égard des créanciers partis de l'accord

Pour l'application de l'article 12 alinéa dernier « l'accord de règlement engendre l'arrêt des procédures de poursuite et d'exécution visant le recouvrement d'une créance antérieure ou la récupération de biens meubles ou immeubles en raison du non paiement d'une créance et ce jusqu'à la fin de la période de l'accord »

Malgré la généralité des termes de l'article, il ne s'applique qu'aux créanciers partis à l'accord.

La suspension ne va intéresser, donc, que les créances qui rentrent dans l'accord sachant que le créancier peut limiter son sacrifice à certaines de ses créances ou même à une partie seulement de sa créance.

L'article 12 ne vise que la suspension des procédures tendant au recouvrement d'une créance antérieure ou de la récupération d'un bien meuble ou immeuble en raison du non paiement d'une créance, il en découle que les autres actions peuvent être exercées telles que les actions en nullité, les actions en résolution, les actions qui tendent à faire constater l'existence d'une créance contestée.

La loi n'a pas prévu de corollaire à la suspension des délais de prescription et de forclusion. Dans ce cas le droit commun est applicable. La suspension de procédure va durer jusqu'à la fin de la période de l'accord.

B- les effets à l'égard des créanciers étrangers à l'accord

C'est le principe de l'effet relatif du contrat qui s'applique. Le RA ne nuit pas aux créanciers étrangers à l'accord et il ne leur profite pas. Cependant, le président du tribunal peut homologuer l'accord signé par les créanciers dont le montant des créances représente 2/3 dans le montant global et ordonner le rééchelonnement des autres dettes.

Il faut, cependant, remarquer que le rééchelonnement n'est pas un effet automatique, il s'agit d'une simple faculté accordée au juge.

Cette faculté, bien que quelque peu préjudiciable aux créanciers, est bénéfique à l'entreprise puisque l'objectif majeur de la loi est le maintien de l'activité de l'entreprise.

Ainsi le RA, est contrairement au droit français, est opposable à tous les créanciers.

Paragraphe 2- les effets contractuels du règlement amiable

S'agissant d'un contrat, le RA produit ses effets à l'égard des parties. Et comme dans tout contrat, les parties doivent respecter leurs engagements pris dans le cadre de l'accord de RA. Ainsi, et pour conserver les faveurs qui lui sont accordées, le débiteur doit honorer ses engagements faute de quoi le RA sera résolu. En effet, d'après l'article 15 nouveau alinéa 1 : **« en cas de défaillance du débiteur aux engagements qu'il a pris à l'égard de l'un de ses créanciers en vertu de l'accord de règlement amiable pendant 6 mois à compter de la date où ses engagements sont devenus exigibles, tout intéressé peut demander au tribunal la résolution de cet accord, la déchéance des termes accordés au débiteur ainsi que le retour des parties à l'état où elles étaient avant la conclusion de l'accord pour les dettes non encore payées »**

La sanction est, donc, d'après l'article 15, la résolution. Néanmoins, cette résolution est quelque peu originale par rapport à celle de droit commun. En effet, la résolution va agir à la fois avec et sans effet rétroactif alors que la résolution de droit commun agit avec un effet rétroactif ce qui la distingue de la résiliation.

En effet, la résolution de l'accord amiable va anéantir les délais de paiement accordés par les créanciers. Elle va entraîner la déchéance des délais de paiement accordés au débiteur en cas d'homologation facultative et elle va anéantir la remise des dettes.

Ce pendant, et par application de l'art 15, les parties vont retourner **« à l'état où elles étaient avant la conclusion de l'accord pour les dettes non encore payées »** ceci constitue l'originalité par rapport au droit commun en raison de l'absence de l'effet rétroactif pour ce cas précis.

L'absence d'effet rétroactif se justifie pleinement, puisque l'objectif est de protéger les créanciers et réaliser un minimum de sécurité juridique. Ainsi si les créanciers ont obtenu un paiement partiel avant la résolution du contrat ils ne seront pas tenus de rembourser ou de remettre des parties reçues. Sur le plan terminologique, il aurait été plus correct de parler de résiliation.

Par ailleurs, et c'est encore une originalité par rapport au droit commun, la résolution ne peut être demandée qu'après l'expiration d'un délai de 6 mois à partir de la date où l'engagement inexécuté est devenu exigible.

Ce délai constitue une chance supplémentaire accordée au débiteur pour honorer ses engagements et éviter la résolution de l'accord de RA.

L'article 16 prévoit une autre cause de résolution. En effet, et par application de ce texte **« si au cours de la procédure de RA, un jugement de cessation de paiement est prononcé à l'encontre du débiteur, l'accord de règlement est résolu de plein droit, les créanciers rentrent dans l'intégralité de leurs droits antérieurs à l'accord déduction faite des sommes qu'ils ont perçues, en vertu de RA »**

Il s'agit ici d'un cas de résolution légale qui s'applique lorsque le débiteur est devenu en état de CP. Par ailleurs, cette même résolution jouera comme d'habitude à la fois avec et sans effet rétroactif

Chapitre 3 : Le règlement judiciaire

Le règlement judiciaire (RJ) constitue la principale innovation de la loi 1995. En effet, avant la promulgation de la loi, toute entreprise qui cesse ses paiements était déclarée en faillite et ce conformément à l'article 45 du CC aujourd'hui abrogé.

Le RJ peut être défini comme étant une procédure préalable et obligatoire avant l'application de la faillite puisque l'objectif traditionnel de l'apurement du passif a été relégué au troisième plan et la survie de l'entreprise est devenue l'objectif prioritaire. Ceci implique que si les difficultés sont devenues trop graves pour être résolues à l'amiable s'ouvre automatiquement une procédure collective judiciaire dans laquelle l'entreprise bénéficiera d'un traitement curatif et non plus préventif.

Dans le cadre de l'étude de cette dernière procédure de redressement des entreprises en difficultés économiques, l'on envisagera successivement l'ouverture de la procédure de RJ, la période d'observation (PO) et enfin les différentes solutions que le juge peut retenir à l'issue de la période d'observation.

Section 1 : l'ouverture du règlement judiciaire

Pour étudier l'ouverture de la procédure, il faut s'arrêter d'abord, sur la saisine de tribunal, ensuite, sur l'état de l'entreprise, et enfin, sur la décision du tribunal. Il faut juste signaler que par application de l'article 3 alinéa 2 ainsi que de l'article 56 de la loi « **ne bénéficie pas de ce régime toute entreprise qui a cessé son activité depuis au moins un an** ». On en déduit que le RJ doit être demandé dans l'année qui suit la cessation de l'activité de l'entreprise. Cette solution risque de poser des difficultés pratiques, en raison de l'indétermination de la notion de cessation d'activité. Evidemment, le RJ ne peut être prononcé que si avant la cessation de l'activité l'entreprise a été en état de cessation de paiement. En tout état de cause, le RJ ne peut plus être demandé après l'expiration d'un délai d'un an même si le commerçant n'a pas procédé à sa radiation du registre de commerce.

Paragraphe 1 - La saisine du tribunal

C'est l'article 19 de la loi qui cite les personnes qui peuvent demander le RJ « **la demande de RJ est présentée au président du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le siège principal de l'entreprise et ce conformément à l'article 4 bis nouveau de la présente loi par :**

- le propriétaire de l'entreprise lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle soumise à la présente loi,
- le Président directeur général, le directeur général ou la majorité des

membres du Conseil d'administration lorsqu'il s'agit d'une société anonyme à conseil d'administration,

- le président du directoire, le directeur général, ou la majorité des membres du directoire lorsqu'il s'agit d'une société anonyme à directoire,
- l'associé unique lorsqu'il s'agit d'une SUARL,
- le gérant lorsqu'il s'agit d'une autre société,
- tout créancier n'ayant pas pu recouvrer sa créance par les voies d'exécution individuelles »

Il découle de cette énumération que la demande de RJ peut être faite, soit par le débiteur lui-même, soit par l'un de ses créanciers. Le tribunal peut dans des cas exceptionnels se saisir d'office, c'est-à-dire sans demande.

A. La saisine par le débiteur

Elle doit être faite, soit par le débiteur personne physique, c'est-à-dire, le propriétaire de l'entreprise, soit par le représentant de la personne morale.

La saisine par le débiteur est également appelée le dépôt de bilan ou déclaration de cessation de paiement. Elle constitue le mode normal de saisine du tribunal. Ainsi, un débiteur qui a cessé ses paiements est obligé de demander l'ouverture de la procédure de RJ et ceci par application de l'article 56 de la loi de 1995.

Le caractère obligatoire de la déclaration de cessation de paiement s'explique aisément puisque l'ouverture tardive de la procédure rend le sauvetage plus difficile et le paiement des créanciers plus aléatoire.

La demande de RJ présentée par le débiteur doit contenir les données et documents prévus à l'article 4 bis nouveau de la loi. Par application de ce texte, le débiteur doit présenter une déclaration contenant un état de ses actifs et de ses passifs, des créanciers de la société, leurs sièges et domiciles respectifs...

Cette obligation qui pèse sur le débiteur s'explique par l'objectif de réunir le maximum d'informations sur la situation de l'entreprise.

En cas de non respect de ces exigences, le débiteur sera poursuivi pour délit d'entrave aux procédures de redressement prévu par l'article 55 de la loi, et ce conformément aux dispositions de l'article 22 alinéa 3 de la loi.

B. La saisine par un créancier

Aux termes de l'article 19, la demande de RJ peut être présentée par « **tout créanciers n'ayant pas pu recouvrer sa créance par les voies d'exécution individuelles** ». Il ressort de cet article que préalablement à l'assignation (action), le créancier doit avoir exercé des poursuites et des voies d'exécution qui sont restées infructueuses. Ainsi, le créancier doit apporter la preuve d'une poursuite et d'une exécution qui n'a pas réussi sinon, il ne peut pas demander le RJ. Cette condition, ajoutée par la loi de 2003, est largement critiquable. En

effet, d'une part, parce qu'elle alourdit la procédure, et d'autre part, parce qu'elle ne permet pas l'ouverture précoce de la procédure de RJ. A cet égard, le législateur aurait dû exiger la preuve de l'existence de la créance et le refus de son paiement par le débiteur. En effet, un protêt faute de paiement est largement suffisant pour prouver la cessation de paiement, ce qui permet aux créanciers de saisir plus facilement le juge pour demander l'ouverture de la procédure.

Par ailleurs, si la demande de RJ est présentée par l'un des créanciers, elle doit comporter les noms, prénoms et le cas échéant la dénomination sociale du demandeur ainsi que son numéro d'immatriculation au registre de commerce, sa forme juridique, son siège ainsi que les causes de la demande avec la justification que l'entreprise a cessé ses paiements (art 4 bis avant dernier alinéa). L'exigence de la preuve de cessation de paiement semble, aussi, critiquable dans la mesure où l'on sait que le créancier ne peut demander le RJ que s'il prouve qu'il n'a pas pu recouvrer ses créances par les procédures d'exécution individuelles. Cette preuve semble insuffisante aux yeux des rédacteurs de la loi de 2003 pour établir l'état de cessation de paiement, ce qui nous semble largement contestable.

Que la demande émane du débiteur ou d'un créancier, elle doit respecter les conditions de l'article 4 bis nouveau.

Aux termes de l'article 20 de la loi, « **lorsque la demande RJ est présentée par l'un des créanciers, le greffier du tribunal avise le débiteur de la demande de règlement sans délais et la communique au parquet** ». Le débiteur ainsi avisé doit « **présenter une déclaration signée contenant un état de ses actifs et passifs, avec l'indication des identités des créanciers et débiteurs et leurs domiciles et sièges respectifs et des principaux clients et fournisseurs avec une liste nominative des salariés et dirigeants, et émoluments et avantages revenant à chacun d'entre eux et ce dans un délai maximum de 15 jours à compter de la date à laquelle la demande de RJ lui a été notifiée ou la date de la demande** » (art 15 alinéa 2)

C. La saisine d'office du tribunal

La saisine d'office du tribunal est exceptionnelle. Elle est prévue dans trois cas :

- le cas de l'article **8** qui prévoit qu'à l'expiration du délai accordé au dirigeant de l'entreprise pour prendre les mesures nécessaires, le président du tribunal peut ordonner l'ouverture de la procédure de RJ si ses conditions sont réunies.
- le cas de l'article **17** de la loi c'est-à-dire en cas d'échec du règlement amiable.
- le cas de l'article **46** qui vise l'hypothèse où le débiteur ne respecte pas les engagements contractuels qu'il a pris dans le cadre du plan de continuation.

Il s'agit ici d'un cas de réouverture du RJ pour la reprise de l'entreprise par un tiers.

Paragraphe 2- la situation de l'entreprise

C'est l'article 18 de la loi qui décrit la situation de l'entreprise bénéficiaire de ce régime puisqu'il prévoit : « **peut bénéficier de règlement judiciaire, toute entreprise en état de cessation de paiement de ses dettes** » donc le règlement judiciaire est la procédure de sauvetage qui vient après la cessation des paiements.

La cessation de paiement, quant à elle, elle est définie par le législateur comme étant « **l'impossibilité pour une entreprise de faire face à son passif exigible avec ses liquidités et actifs réalisables à court terme.**

Pour étudier la cessation des paiements, il nous faudra déterminer son régime juridique c'est-à-dire, envisager sa preuve et sa date.

A- La preuve de la cessation de paiements

Il appartient à celui qui demande l'ouverture de RJ de rapporter la preuve de l'état de CP. En principe, la charge de la preuve incombe au débiteur puisqu'il doit par application de l'art 56 de la loi qui renvoie à l'art 448 du CC demander le RJ. Aux termes de cet article « **tout débiteur qui cesse ses paiements est tenu d'en faire la déclaration au greffier du tribunal compétent dans le délai d'un mois qui suit la cessation de paiements faite par lui de ce faire, il est déclaré banqueroutier et encourt les peines prévues à l'article 290 du code pénal** ».

Cependant, lorsque le tribunal est saisi par assignation d'un créancier, il appartient à ce dernier de rapporter la preuve de la CP et ce par application de l'article 4 avant dernier alinéa. Si le créancier ne rapporte pas cette preuve, il peut le cas échéant engager sa responsabilité pour la faute résultante d'une demande abusive d'ouverture de R.J.

Il appartient de toutes les manières au président du tribunal et ensuite au tribunal d'apprécier la réalité de la CP, et ce, quelque soit l'auteur de la demande. Etant un fait juridique, la CP peut être prouvée par tout moyen sauf que le créancier demandeur ne doit pas se limiter à la preuve de l'existence de la créance et du refus de son paiement. Il doit également prouver qu'il n'a pas pu la recouvrer par les voies d'exécution individuelles. Ainsi, un protêt faute de paiement n'est pas à lui seul suffisant, l'aveu du débiteur ainsi que sa fuite ou encore la fermeture de ses magasins sont également insuffisants. Tout ceci démontre combien est critiquable l'exigence de la preuve par le créancier de l'état de cessation de paiements.

B- La date de la cessation de paiements

Outre le fait qu'elle entraîne l'ouverture du règlement judiciaire, la cessation des paiements est le point de départ de la période suspecte c'est -à-dire de la période qui se situe entre la date de CP et le jugement d'ouverture du RJ. L'importance de la détermination de la date de CP est, donc, indéniable.

Par application de l'article 38 alinéa 3 de la loi, « **en cas d'admission de la demande, le tribunal fixe la date de CP. Au cas où il ne se prononce pas sur cette date, la date de dépôt de la demande sera retenue comme telle** »

La loi supplée, donc, au défaut de date en réputant que la CP est apparue au jour de la saisine du tribunal. Il faut signaler qu'il s'agit ici d'une fiction légale parce que la CP apparaît toujours avant la saisine du tribunal. Ce dernier, doit, dans tous les cas, motiver le choix de la date de CP.

La question qui reste à se poser est de savoir si la fixation de cette date est définitive ? Le tribunal peut-il revenir sur sa décision pour reculer la date de la CP à une date antérieure ?

Malgré le silence des textes, on peut admettre la possibilité de report en arrière de la date, et ce en raisonnant par analogie avec les règles du code de commerce régissant la faillite pour dire que la durée maximale de la période suspecte est de 18 mois.

Paragraphe 3- la décision du juge

Le président du tribunal de première instance demande l'avis de la CSEE sur la demande de RJ et lui fixe un délai de 20 jours à l'expiration duquel le président peut prendre plusieurs décisions. Néanmoins, et avant d'examiner ces décisions, il faut signaler que la loi reconnaît compétence à la fois au président du tribunal et au tribunal lui-même. En effet, la loi de 2003 a renforcé les attributions du président en lui conférant d'importants pouvoirs, qui, auparavant appartenaient au tribunal.

Ainsi, la demande est présentée au président du tribunal. Lorsqu'elle s'avère fondée, le président ordonne l'ouverture de la période d'observation (PO). Néanmoins, c'est la chambre collégiale du tribunal qui intervient à la fin de la période d'observation et qui doit se prononcer sur le sort de l'entreprise et ce par application de l'article 38 de la loi.

Avant la réforme, c'était le tribunal qui ordonnait l'ouverture de la procédure et ce en vertu de l'ancien article 27. Cette solution est plus logique, car c'est dans la même décision que les mesures les plus importantes sont prises (fixation de l'étendue des pouvoirs du débiteur, l'étendue de son dessaisissement, l'annulation des actes de la période suspecte, la fixation de la date de la CP...). Ces mesures sont urgentes et doivent être prises dès le départ c'est-à-dire dès l'ouverture de la procédure.

Pour revenir aux décisions prises par le président, ce dernier peut soit

- **rejeter la demande au cas où l'entreprise n'a pas cessé ses paiements,**
- **ordonner la cession de l'entreprise à un tiers sans passer par la période d'observation, s'il s'avère que c'est l'unique solution pour le redressement,**
- **Ordonner le déclenchement de la procédure de RJ et l'ouverture d'une période d'observation.**

La loi n'envisage pas l'hypothèse où aucun moyen de redressement n'est possible. Dans ce cas, il faut attendre la fin de la PO pour déclarer le débiteur en faillite et ce d'après l'article 39. Il s'agit ici d'un gaspillage de temps inutile dans la mesure où avant la réforme, le tribunal pouvait prononcer la faillite sans passer par la PO ce qui était logique et appréciable.

Par ailleurs, la décision de cession que peut prendre le juge après l'examen de la demande constitue une nouveauté de la loi de 2003. Cette décision semble également difficile à prendre sans le passage par la PO qui est, par définition, une période d'investigation et de diagnostic. De plus, cette possibilité semble être contradictoire avec les dispositions de l'article 47 qui précise que « **la cession n'est envisageable que lorsque le redressement au sens des articles 41 à 47 n'est plus possible** ». Ces articles traitent la poursuite de l'activité de l'entreprise ce qui veut clairement dire que la cession est bien une solution secondaire par rapport à la continuation et on voit mal, par conséquent, comment elle peut être décidée sans le passage par la PO.

Ceci étant, le renforcement des pouvoirs du président par la loi de 2003 appelle les remarques suivantes :

- La décision d'ouverture de la procédure de RJ est une décision grave de conséquences et c'est pour cette raison qu'elle était dans le cadre de la loi de 1995 prise par le tribunal et non par le président statuant seul. En effet, l'ancien article 26 prévoyait que « **le tribunal statue sur la demande en chambre de conseil après audition du débiteur et du représentant des créanciers et en présence du ministère public** »
- L'attribution de la compétence au président du tribunal pour l'ouverture de la PO a créé une grande perturbation au sein des articles 22 et suivants qui la réglementent. Il ressort de ces articles, qu'à priori, le tribunal n'intervient qu'au moment de l'homologation du plan de redressement c'est-à-dire à la fin de la PO et ce par application de l'article 38 alinéa 1. Or, on trouve d'autres textes qui accordent au tribunal des pouvoirs avant cette date, c'est-à-dire lors du déroulement de la PO tel que par exemple la délimitation des pouvoirs

de l'administrateur judiciaire (art 26), la fixation de la date de CP (art38), et l'annulation des actes de la période suspecte (art 30).

Avant la réforme, les choses étaient plus claires et plus logiques puisque c'est dans la même décision ordonnant l'ouverture de la procédure que toutes ces autres décisions étaient prises.

- La date de la CP ne sera fixée, d'après cette nouvelle répartition des compétences, qu'après la date de l'homologation du plan ce qui veut dire que la période suspecte ne sera fixée qu'à cette date. Cette solution nouvelle risque et va entraîner une grave conséquence puisque les opérations accomplies au cours de cette période ne vont être annulées, par application de l'article 30 que très tardivement.

Section 2- la période d'observation

Cette période constitue comme son nom l'indique une phase de diagnostic de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise. Elle est réservée à l'élaboration du plan de redressement qui est établi par les soins de plusieurs personnes et qui doit être soumis à l'homologation du tribunal.

La PO va avoir pour conséquence la modification de la situation des créanciers.

Paragraphe 1 - les organes de la période d'observation

Par application de l'article 22 de la loi « dans un délai ne dépassant pas 15 jours à partir de la date de réception de l'avis de la commission ou à l'expiration du délai qui est imparti à cette dernière pour donner son avis et au cas où la demande est fondée, le président du tribunal désigne un juge commissaire auquel il confie le dossier, et un administrateur judiciaire chargé de l'élaboration du plan de redressement dans un délai de 3 mois renouvelable pour la même durée par décision du président du tribunal. Le cas échéant, il peut désigner également un ou plusieurs experts en diagnostic pour s'enquérir sur la véritable situation financière et sociale de l'entreprise en vue d'aider l'administrateur judiciaire dans l'élaboration du plan de redressement. »

Il ressort de cet article que les organes qui interviennent dans la PO sont le juge commissaire, l'administrateur judiciaire et l'expert en diagnostic. Toutefois, il faut préciser que le tribunal continue à jouer un rôle très important pendant cette période.

A- le juge commissaire

Le juge commissaire a pour mission principale le contrôle de gestion de

l'entreprise. Il intervient dans deux situations : l'une prévue par l'article 26, l'autre par l'article 35 de la loi.

1ère intervention: Le juge commissaire intervient, selon l'article 26, en cas de conflit entre l'administrateur judiciaire et le dirigeant de l'entreprise. En effet, l'administrateur judiciaire est amené à participer à la gestion de l'entreprise dans la mesure où il va assister le dirigeant dans la gestion de l'entreprise. Ainsi, certains actes ne peuvent être accomplis valablement par le débiteur que s'ils sont co-signés par l'administrateur judiciaire. Dans certains cas l'administrateur judiciaire peut refuser d'apposer sa signature sur l'acte en question. Dans ce cas, « **l'affaire sera soumise au juge commissaire qui doit trancher sans délai** ».

2ème intervention : Elle est prévue par l'article 35 et se rapporte à la question de l'exécution des contrats en cours. En effet, l'ouverture de la PO n'entraîne pas la résolution de plein droit des contrats en cours conclus par le débiteur avant la PO et qui continuent à produire leurs effets. « **L'exécution des contrats en cours liant l'entreprise au tiers, clients, fournisseurs et autres sera poursuivie. L'administrateur judiciaire ou le débiteur peuvent demander d'y mettre fin après autorisation du juge commissaire, s'ils ne sont pas nécessaires à l'activité de l'entreprise. Les contrats de travail restent soumis aux lois et conventions qui les régissent** ». Il en résulte que le juge commissaire intervient pour autoriser la rupture des contrats en cours.

La troisième attribution accordée au juge commissaire constitue un ajout de la loi de 2003 à ces pouvoirs. D'après l'article 25 de cette loi, ce dernier est amené à collaborer avec la CSEE ou toute autre partie pour s'informer sur la véritable situation de l'entreprise. C'est lui qui arrête la liste des créanciers, désigne un ou plusieurs personnes pour les représenter et lui communiquer leurs observations.

B- l'administrateur judiciaire

C'est l'organe central de la période d'observation. Il joue un rôle très important eu égard à sa mission et à ses différents pouvoirs

a- **La mission de l'administrateur judiciaire (AJ):** l'administrateur judiciaire est chargé d'élaborer un plan de redressement de l'entreprise. A cet effet, l'article 26 lui donne un délai relativement court pour réaliser cette mission. En effet, l'AJ dispose de 3 mois renouvelables une seule fois pour la même durée par le président du tribunal.

L'établissement du plan n'est pas une tâche facile, c'est pourquoi la loi a prévu que l'AJ peut se faire assister par un ou plusieurs experts en diagnostic.

Il s'agit en réalité d'un projet de plan, qui peut, le cas échéant être modifié et

dans tout état de cause, il ne devient effectif que suite à son homologation par le tribunal.

De même, et bien que la loi ne le dise pas, l'AJ n'est pas tenu d'établir le plan si l'entreprise n'offre aucune chance de redressement.

Par ailleurs, l'AJ doit dans l'élaboration de son plan, tenir compte du plan proposé par le débiteur et ce par application de l'article 4bis de la loi.

La loi prévoit les moyens de sauvetage que peut contenir un plan, et notamment lorsqu'il va s'agir d'un plan de continuation, par exemple l'augmentation ou la réduction du capital, le rééchelonnement ou la remise des dettes...

b- Les pouvoirs de l'administrateur judiciaire

Par application de l'article 26 « **l'administrateur judiciaire est chargé de contrôler les actes de gestion ou d'assister le débiteur en tout ou en partie dans les actes de gestion ou de prendre la direction totale ou partielle de l'entreprise avec ou sans le concours du débiteur dans les conditions définies par le tribunal. Au cas où la mission de l'administrateur est limitée au contrôle, le tribunal détermine les opérations qui ne peuvent être accomplies sans sa co-signature avec le débiteur et en cas de refus de l'administrateur judiciaire d'apposer sa signature, l'affaire sera soumise au juge commissaire qui doit trancher sans délai** ».

Il ressort de cet article que l'AJ dispose d'un grand pouvoir dans l'administration de l'entreprise en difficultés économiques. En effet, le premier pouvoir dont il est investi est le contrôle des actes de gestion. Ceci suppose que c'est le débiteur qui gère l'entreprise comme il l'entend et l'administrateur judiciaire intervient à posteriori pour contrôler les opérations accomplies par le débiteur. Par conséquent, le débiteur doit rendre compte de sa gestion pour que l'AJ puisse apprécier l'opportunité des actes accomplis. Néanmoins, l'acte accompli par le débiteur reste valable quelque soit le degré de son inopportunité.

Toutefois, l'article 26 précise que lorsque la mission de l'AJ est limitée au contrôle, le tribunal détermine les opérations qui ne peuvent être accomplies sans sa co-signature.

Le deuxième pouvoir dont est investi l'AJ consiste dans l'assistance du débiteur dans tout ou partie des actes de gestion. Dans ce cas, l'AJ va cogérer l'entreprise avec le débiteur.

Le troisième pouvoir qui peut être confié à l'AJ est la direction totale ou partielle de l'entreprise avec ou sans le concours du débiteur. A priori, c'est l'AJ qui va gérer l'entreprise totalement ou partiellement. Néanmoins, on peut hésiter sur ce pouvoir de direction ou de gestion puisque l'article ajoute l'expression « avec ou sans le concours du débiteur ». En effet, la direction de l'entreprise et le concours du débiteur sont incompatibles, puisque lorsque le débiteur concourt à la gestion, l'AJ ne dirige pas l'entreprise, il assiste uniquement le débiteur, or, c'est là le deuxième pouvoir dont est investi l'administrateur judiciaire.

En définitive, nous dirons que l'AJ peut contrôler, gérer ou cogérer une entreprise en difficultés économiques.

C'est le président du tribunal qui détermine les pouvoirs de l'AJ dans le cadre de la décision de l'ouverture du RJ. En effet, et d'après l'article 24 « **la décision d'ouverture de la procédure de RJ est inscrite au registre du commerce, une copie en est transmise à la CSEE et insérée au JORT à la diligence du greffier du tribunal et aux frais du débiteur** ».

Par ailleurs, l'article 27 prévoit que sont inscrites au registre du commerce, les décisions confiant à l'AJ la gestion ou l'obligéant de co-signer avec le débiteur. Il s'agit ici de la publicité du jugement qui est nécessaire pour informer les tiers qui doivent être au courant de la restriction ou même de la suppression des pouvoirs du débiteur. De même, la publicité est indispensable aux créanciers qui doivent faire valoir leurs droits dans la procédure.

C- le rôle du tribunal

Le tribunal va avoir lors du déroulement de la PO un rôle de haute autorité ainsi qu'une mission juridictionnelle. En effet, c'est le tribunal qui va déterminer les actes soumis à la co-signature de l'AJ (art 26), c'est lui qui décide également de l'éviction du débiteur et de son remplacement par l'AJ (art 28) et c'est le tribunal qui peut interdire au dirigeant de réaliser toute opération de cession ou de gage sur ses actions ou parts sociales sans l'autorisation du tribunal (art 28). C'est également, le tribunal qui peut annuler certains actes ou certaines décisions prises par le dirigeant antérieurement à sa saisine. En effet, l'article 30 prévoit « **le tribunal peut annuler les décisions du dirigeant de l'entreprise antérieures à sa saisine et qui constituent un obstacle à l'exécution du plan de redressement ainsi que tout acte d'aliénation à titre onéreux ou gratuit pouvant porter préjudice aux intérêts de l'entreprise en difficulté ou toute opération de nature à privilégier un créancier à un autre et tout paiement d'une créance non encore échue à condition que ces actes soient effectués après la date de la cessation de paiements** »

Il s'agit ici des actes et des opérations pris pendant la période suspecte. Ces derniers sont qualifiés de suspects parce qu'ils risquent de porter préjudice à l'entreprise en difficultés ou bien peuvent privilégier un créancier par rapport à un autre.

L'article 30 prévoit comme sanction la possibilité d'annulation de ces actes. Néanmoins, l'article 56 de la loi de 95 renvoie aux articles 462 et 463 du CC qui prévoient l'inopposabilité à la masse des créanciers des actes de la période suspecte de la faillite. Dès lors, on est en droit de s'interroger sur la sanction à retenir étant donné les interférences entre les deux textes. On dira simplement que l'inopposabilité ne peut pas se maintenir dans le cadre du RJ et la sanction la plus appropriée est la nullité.

Paragraphe2- la situation des créanciers

Elle se caractérise par l'idée de leur sacrifice qui se manifeste dans le gel de leur situation, l'obligation de l'inscription de leurs créances et le recul de leurs sûretés.

A- l'obligation d'inscription des créances

La décision d'ouverture du RJ étant inscrite au RJ et insérée au JORT, elle est censée être portée à la connaissance de tous et surtout des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure pour les informer sur la nouvelle situation de l'entreprise.

L'article 25 a exigé de la part des créanciers antérieurs à la PO l'inscription de leurs créances pour participer aux différentes modalités d'apurement du passif qui résulte du plan de redressement. C'est donc le passif antérieur qui doit être défini puisque les créanciers postérieurs bénéficient d'un traitement de faveur qui les dispense de cette obligation

L'article 25 prévoit **« le juge commissaire arrête dès sa désignation la liste des créanciers...Les créanciers doivent s'assurer de l'inscription de leurs créances antérieurs à la date d'ouverture de RJ et ce dans 30 jours à compter de la publication au JORT. Aucune créance révélée après ce délai ne peut être inscrite sauf sur autorisation du tribunal et dans tous les cas aucune dette ne peut être inscrite après l'expiration d'une année »**

Il ressort de cet article, qu'en réalité, les créanciers doivent s'assurer de l'inscription de leurs créances puisque c'est le juge commissaire qui est chargé d'établir le passif de l'entreprise par le biais des informations contenues dans la demande du RJ. C'est donc, seulement, s'il s'avère que la créance n'est pas inscrite que le créancier doit en demander l'inscription dans un délai de 30 jours.

Le législateur excepte les créances fiscales et celles de la caisse nationale de la sécurité sociale (CNSS) qui peuvent être inscrites en dépassant le délai d'un an. Mais le texte prévoit que leur inscription doit dans tous les cas être faite dans un délai ne dépassant pas 2 mois à partir de la date à laquelle la créance est devenue certaine.

Quelle est la sanction du défaut d'inscription ?

Le créancier qui ne demande pas son inscription n'encourt pas la forclusion c'est-à-dire que sa créance n'est pas éteinte puisque le créancier conserve son droit de réclamer sa créance à l'encontre du débiteur mais sans que cela **« n'ait d'effets sur la procédure du RJ »** selon l'expression de l'article 33 alinéa dernier.

Les créances inscrites ne sont pas toutes incontestables. En cas de contestation portant sur le fond ou le montant de la créance, le tribunal peut ordonner son inscription mais à titre conservatoire si les justificatifs présentés la rendent

probable. Dans ce cas son montant sera consigné lors de la distribution (art33). « Par contre si la créance n'est pas justifiée, son inscription sera refusée et le créancier conserve son droit de la réclamer sans que cela n'ait d'effet sur la procédure de règlement »

B- le sacrifice des créanciers

Cette situation se vérifie sur trois niveaux :

-La suspension des procédures individuelles et des voies d'exécution : Par application de l'article 32 alinéa 1^{er} « au cours de la PO seront suspendues toutes poursuites individuelles et tout acte visant le recouvrement d'une créance antérieure et la récupération de biens meubles ou immeubles en raison du non paiement d'une créance ». Cet article a un champ d'application large puisque la suspension va s'appliquer à tous les créanciers antérieurs, les créanciers chirographaires ainsi que ceux munis d'une sûreté réelle sauf les créances salariales. En effet, les poursuites relatives aux droits des salariés ne sont pas suspendues et les voies d'exécution doivent être autorisées par le tribunal qui doit vérifier que l'exécution n'est pas susceptible d'empêcher le redressement de l'entreprise.

L'article 32 ordonne la suspension des actions en revendication en raison de non paiement d'une créance antérieure ce qui veut dire que le recouvrement d'une créance antérieure n'est pas suspendue cela veut uniquement dire qu'aucune voie d'exécution ne peut être entreprise par le créancier antérieur et les voies d'exécution déjà entamées ne peuvent plus être poursuivies.

Il faut signaler que les actions qui ne sont pas prévues par l'article 32 ne sont pas concernées par la suspension telle que les actions en nullité ou encore en résolution.

-la suspension des cours des intérêts et des dommages et intérêts moratoires : Par application de l'article 32, seront suspendus, le cours des intérêts et dommages et intérêts moratoires. Ceci s'explique facilement étant donné que la loi veut limiter les droits des créanciers antérieurs pour favoriser le redressement de l'entreprise. Cette solution se justifie également par le principe de l'égalité des créanciers car si les intérêts continuent à courir à des taux différents, la prolongation de la procédure profitera à certains aux dépens des autres.

Par ailleurs il est important de fixer le passif de l'entreprise à un moment donné. Si les intérêts continuent à courir, il sera modifié chaque jour.

- L'absence de la déchéance du terme à cause du non paiement d'une créance échue: L'article 31 prévoit que « le non paiement d'un terme ne rend pas exigible les autres termes non échus de la dette pendant la durée de RJ

et ce nonobstant toute clause contraire ». Cet article consacre la règle suivant laquelle le RJ ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. La solution s'impose logiquement puisque l'exigibilité immédiate des créances à terme constitue un obstacle au redressement de l'entreprise car elle est de nature à aggraver le passif exigible de l'entreprise.

C- la priorité de paiement des créances nouvelles

La nécessité d'assurer la survie de l'entreprise a exigé la règle de l'article 34 de la loi de 95 qui accorde la priorité de paiement aux créanciers titulaires d'une créance née après l'ouverture de la PO.

Cet article prévoit **« la priorité sera accordée aux dettes nouvelles de l'entreprise nées à partir de l'ouverture de la période d'observation et qui sont en relation directe et nécessaire avec la poursuite de l'activité de l'entreprise. Les dettes nouvelles seront payées avant les précédentes créances même si elles sont assorties de privilèges »**

Cette règle constitue l'instrument essentiel de financement de l'entreprise pendant la PO. Le législateur accorde la préférence aux créanciers postérieurs à l'ouverture de la PO, c'est -à- dire ceux qui acceptent de soutenir l'entreprise malgré le risque qu'ils courent. En effet, puisqu'ils ont accepté de participer à la tentative de sauvetage, le législateur leur a accordé la priorité au paiement.

Toutefois, les créances prévues pour les articles 544 et 566 du CC et par les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 199 du CDR bénéficient d'un super privilège et seront payées avant toute autre créance.

Il faut, cependant, préciser que suite à la réforme apportée par la loi 2003 certaines créances antérieures ont bénéficié de la priorité accordée par l'article 34. Il s'agit selon l'expression de l'article des **« loyers des biens et équipements objet d'un contrat de leasing dont les procédures de poursuite et d'exécution visant leurs récupération ont été suspendues et dont l'échéance est antérieure à l'ouverture de la période d'observation »**

Bien que cette inégalité entre les créanciers antérieurs ne se défende pas, elle s'explique par l'objectif d'encourager et de soutenir les établissements de crédit- bail.

En accordant la priorité aux dettes nouvelles, c'est-à- dire celles nées après l'ouverture de la PO, le législateur consacre le recul des sûretés de droit commun puisque les créanciers postérieurs vont devancer, et les créanciers munis de privilèges et de sûretés, et l'état qui renonce à son super privilège au profit de ces créances nouvelles.

A la fin de la PO, l'administrateur judiciaire soumet le plan de redressement qu'il a élaboré à l'avis de la CSEE et au juge commissaire dès qu'il en achève l'élaboration. A la fin de la PO et d'après l'article 38 de la loi **« le tribunal statue en chambre de conseil avec l'assistance du ministère public sur le plan**

de redressement après avoir entendu le débiteur, le représentant des créanciers, les cautions, les garants, et les co-débiteurs solidaires . Le tribunal décide le rejet de la demande chaque fois qu'il s'avère que l'entreprise n'a pas cessé ses paiements. En cas d'admission de la demande, le tribunal fixe la date de CP, à défaut le dépôt de la demande de RJ sera retenu comme date de la CP. Le tribunal homologue le plan de redressement en envisageant soit la poursuite de l'activité de l'entreprise, soit la location gérance, soit la cession à un tiers. »

Section3- les solutions de la période d'observation : les plans de redressement

Selon l'art 41 de la loi, le plan de redressement peut être, soit un plan de continuation, c'est-à-dire un plan de poursuite de l'activité, soit un plan de cession. Le législateur de 2003 a ajouté deux autres types de plan par l'introduction d'une section 5^{ème} dans la loi de redressement qui régit le plan de location et le plan de location gérance de l'entreprise.

Paragraphe 1- le plan de continuation ou le plan de poursuite de l'activité

Il est prévu par les articles 41 à 46 de la loi. Il s'agit d'un plan prioritaire parce que l'art 47 prévoit que la cession de l'entreprise à un tiers n'a lieu que « **lorsque son redressement conformément aux articles 41 et 46 de la loi se révèle impossible** ». Il en résulte que le plan de cession ne doit être envisagé qu'en second recours, c'est- à dire, lorsque la continuation n'est plus possible.

Il faut, toutefois, remarquer que la continuation de l'activité n'est pas une fin en soi. Autrement dit, le plan de continuation ne doit être adopté que « **s'il s'avère que l'entreprise a des possibilités sérieuses de poursuivre son activité avec le maintien de tout ou partie de l'emploi et le paiement de ses dettes** »

A- le contenu du plan de continuation

L'administrateur judiciaire n'est pas lié par la loi quant au contenu du plan de poursuite. En effet, ce dernier peut recourir à plusieurs modalités prévues par l'article 36 de la loi et peut, en effet, proposer la continuation de l'exploitation avec le rééchelonnement des dettes, le changement de la forme de l'entreprise, l'augmentation du capital, la baisse du taux d'intérêt principal des dettes ect.... Il faut signaler que toutes ces modalités sont données à titre indicatif et que l'administrateur judiciaire, peut, en fonction de la situation de l'entreprise, en prévoir d'autres.

- l'augmentation du capital

L'augmentation du capital donne à l'entreprise une possibilité d'avoir la liquidité qui lui manque à court terme pour faire face à ses besoins au quotidien. C'est pour cela que la loi exige dans l'article 44 alinéa 3 que « **les nouvelles souscriptions doivent être immédiatement et intégralement libérées** ».

Les créanciers peuvent être intéressés par l'augmentation de capital en participant à l'augmentation par incorporation de leurs créances au capital. Cette modalité a pour objectif d'alléger les dettes sociales.

La souscription des créanciers dans le capital est ouverte à tout créancier dont la créance est inscrite dans le passif sans contestation et à condition quelle soit exigible.

Les créanciers qui détiennent une créance non encore échue peuvent aussi souscrire à l'augmentation de capital mais à condition de renoncer à une partie de la créance que le tribunal détermine (article 44 alinéa 4^{ème})

Lorsque le plan de continuation prévoit une augmentation de capital, c'est le commissaire à l'exécution du plan qui se charge de la procédure.

- le changement de la forme de la société

Cette possibilité consiste dans la restructuration de l'entreprise. Elle a pour conséquence, comme d'ailleurs, l'augmentation de capital, le changement des statuts qui ne peut se faire que dans le cadre d'une décision collective prise par l'assemblée générale extraordinaire. Dans ce cas, le tribunal donne mandat au commissaire à l'exécution du plan et lui fixe un délai pour convoquer l'assemblée générale compétente pour décider de la modification. Généralement, la modification se fait d'une SARL vers une SA ou inversement.

- le rééchelonnement des dettes

Il faut préciser que le rééchelonnement des dettes rentre dans le cadre de l'apurement du passif. En effet, l'article 43 dispose que « **le plan peut contenir un report des délais de paiement des créances après avis des créanciers** ».

Pour ordonner le rééchelonnement, il ne faut pas exiger le consentement des créanciers mais leur simple avis. L'administrateur judiciaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à la possibilité de rééchelonnement.

Néanmoins, il existe un contrôle exercé par le tribunal lors de l'homologation du plan pour adopter des délais raisonnables pour le paiement.

Par ailleurs, seules sont exclues de la possibilité de report « **les dettes visées dans l'art 564 et 566 du CC et l'art 199 du code de droit réels à l'exception du quatrième alinéa** »

-la remise des dettes

Pour aboutir à l'apurement du passif, le plan de continuation peut prévoir la remise de dettes. En effet, et contrairement au rééchelonnement qui peut se faire sans l'accord expresse du créancier, l'article 43 prévoit que **« le tribunal ne peut remettre une créance qu'avec le consentement des créanciers »**

Par ailleurs, et pour assurer l'efficacité et la faisabilité du plan de continuation, le tribunal peut interdire l'aliénation de certains biens sans son autorisation. Cette décision est facultative, mais si elle est prise par le tribunal, elle vaut insaisissabilité. Elle a pour objectif de protéger les tiers, en l'occurrence, les créanciers. Lorsque la décision d'interdiction est prise, elle doit être publiée par l'inscription au registre de commerce et au titre foncier pour les biens immatriculés. Toute cession faite en violation de l'interdiction peut être annulée.

B- les effets de l'élaboration du plan

Le plan de continuation produit ses effets, à la fois sur le débiteur et sur les créanciers. En effet, le débiteur va retrouver sa liberté de gestion de son entreprise avec comme seule limite le respect des dispositions du plan et l'impossibilité de cession de certains biens.

L'adoption du plan met fin à la mission de l'administrateur judiciaire.

Pendant la période d'exécution du plan, les contrats en cours se poursuivent normalement tel que le contrat d'assurance, de fourniture, ou encore le contrat d'ouverture de crédit.

Pendant cette période les biens considérés insaisissables par le tribunal restent insaisissables et incessibles. Pour les autres biens qui rentrent dans le patrimoine de l'entreprise, ils sont librement aliénables.

En ce qui concerne les biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement, d'une hypothèque ou d'un gage, l'article 45 de la loi prévoit qu' **« en cas de vente de l'un de ces biens, la partie du prix correspondant à la créance garantie est versée au créancier après paiement des créances prévues par l'art 564 et 566 du CC et 199 du CDR »**

Au cas où le débiteur ne respecte pas les engagements pris dans le cadre du plan de continuation et notamment ses engagements financiers, l'article 46 élimine l'application automatique de la résolution et propose deux autres solutions aux créanciers :

- D'abord, et par application de l'article 46 de la loi, le créancier a le droit de contraindre le débiteur à le payer par tous les moyens légaux à l'exception de la cession des biens jugés inaliénables.

- Ensuite, l'alinéa 2 de l'article 46 donne la possibilité au procureur de la république, au commissaire à l'exécution, au créancier ou aux créanciers détenant

15% de la dette globale de demander la résolution du plan de continuation.
En cas de résolution, on assiste à la réouverture de la procédure de RJ en vue de la cession de l'entreprise si les conditions de la cession sont réunies. A défaut, le tribunal prononce la faillite ou la mise en liquidation de l'entreprise (article 46 Alinéas 3 et 4)

Paragraphe 2- le plan de cession de l'entreprise

Avec la modification de la loi en 2003, le président du tribunal peut décider la cession de l'entreprise au moment où il se prononce sur la demande de règlement et ce sans passer par la PO, s'il est évident que c'est l'unique solution pour le redressement de l'entreprise et ce en vertu de l'article 19 dernier alinéa.

Ainsi, la cession peut être décidée en amont ou en aval de la procédure, c'est-à-dire avant ou à la fin de la PO. La loi de 2003 a également prévu la possibilité de faire précéder la cession d'une location ou location gérance de l'entreprise. En effet, l'article 52 bis prévoit à cet effet que **« nonobstant toute clause contraire, y compris les clauses insérées dans les contrats de location, le tribunal peut décider que la cession de l'entreprise sera précédée par sa location au cessionnaire ou qu'elle lui sera donnée en location gérance pour la période que le tribunal déterminera... »**.

Contrairement à la continuation de l'activité, la cession n'est pas une restructuration de l'entreprise mais c'est une transmission de l'entreprise à un tiers. Cette transmission doit constituer une garantie pour le maintien, en tout ou en partie de l'emploi, la poursuite de l'activité et l'apurement du passif.

La cession peut concerner selon l'alinéa 2 de l'article 47 l'ensemble de l'entreprise ou une branche ou plusieurs branches complémentaires de son activité. Ainsi, la cession peut être totale ou partielle.

- La cession totale : elle porte sur la totalité de l'actif de l'entreprise. Quand il s'agit d'une entreprise sociétaire, la cession ne porte pas sur les droits sociaux mais sur l'actif de la société.

-La cession partielle : lorsqu'elle est décidée, la cession doit porter sur l'ensemble d'éléments d'exploitation formant une ou plusieurs branches complémentaires ou une branche autonome d'activité. La cession partielle ne doit pas se transformer en une liquidation déguisée.

L'étude de la cession implique l'étude de sa mise en œuvre et de ses effets.

A- La mise en œuvre de la cession

Il ressort de la combinaison des articles 47 et 48 qu'un jugement ordonnant la mise en cession de l'entreprise est pris par le tribunal. Sur la base de ce jugement, les offres de rachats seront présentées.

a-La décision de mise en cession

« S'il s'avère que la cession constitue la solution adéquate pour le redressement de l'entreprise, le tribunal ordonne sa cession par une décision de mise en cession. Cette décision est publiée par voie d'insertion au JORT, et par tout autre moyen décidé par le juge commissaire et ce dans le délai de 20 jours qui suivent la prise de la décision ». La particularité de cette publicité tient, non seulement aux moyens utilisés, mais aussi, à ses brefs délais. Elle vise, en effet, à assurer une information répandue et ce le plus rapidement possible.

La décision de mise en cession comprend la désignation d'un contrôleur de l'exécution, qui dispose d'un délai de 20 jours à compter de la prise de sa mission pour établir le cahier des charges et ce par application de l'article 48 de la loi.

b- la recherche des candidats repreneurs

Le plan de cession ne peut se réaliser sans le concours des éventuels candidats à la reprise de l'entreprise. Ces derniers, avant de présenter leurs offres, doivent être informés sur la situation de l'entreprise. C'est pour cela que le législateur de 2003 a innové en prévoyant que le cahier des charges, élaboré par le contrôleur de l'exécution sous le contrôle du juge commissaire, est mis à la disposition des soumissionnaires d'offres.

1-le cahier des charges

Le législateur a prévu, dans l'article 48 alinéa 2, à titre indicatif, les mentions contenues dans le cahier des charges dont notamment, l'objet de la cession, les principaux biens et éléments de l'actif de l'entreprise, le nombre des salariés et leurs catégories professionnelles.....

L'appel d'offre est publié dans un journal quotidien paraissant en Tunisie et par tout autre moyen jugé adéquat par le contrôleur de l'exécution, ainsi que par tout autre moyen ordonné par le juge commissaire. Cette publicité doit être effectuée dans un délai de 20 jours à compter de l'élaboration du cahier des charges.

2-le soumissionnaire d'offre

Il doit indiquer dans son offre le nombre des emplois qu'il compte conserver, son plan relatif au futur développement de l'emploi et des investissements. Il en résulte que le législateur insiste sur les objectifs de la loi. Par ailleurs, l'indication du prix de cession n'est pas une mention obligatoire, ce qui veut dire que l'objectif premier du législateur à travers la cession, n'est pas le paiement des créanciers mais plutôt le maintien de tout ou partie des emplois. D'ailleurs,

et d'après l'article 48 alinéa 5 « **le tribunal retient l'offre qui permet le plus le maintien de l'emploi et le paiement des créances** ».

Par ailleurs, l'article 50 prévoit une interdiction concernant les soumissionnaires d'offres. En effet, « **le dirigeant de l'entreprise objet de la cession, son conjoint, ses ascendants et descendants, ses parents jusqu'au deuxième degré et ses alliés, ne peuvent, ni directement, ni par personnes interposées, présenter une offre d'achat de l'entreprise** »

Le contrôleur de l'exécution notifie la décision du tribunal au soumissionnaire choisi et il procède à l'accomplissement des procédures de cession dans les plus brefs délais et dans tous les cas dans délai ne dépassant pas un mois à compter du choix de l'offre.

B- l'exécution du plan de cession

Il s'agit d'examiner les effets de la cession qui sont au nombre de quatre :

a- Le transfert de la propriété

Par application de l'article 49 de la loi « **la propriété de l'entreprise est transférée au cessionnaire dès qu'il ait exécuté tous ses engagements et payé l'intégralité du prix** ». Cet article contient une dérogation au droit commun de la vente dans la mesure où il conditionne le transfert de la propriété au respect par le cessionnaire de ses engagements et au paiement du prix alors qu'en droit commun, le transfert de la propriété se fait automatiquement et systématiquement avec la conclusion du contrat, et ce indépendamment du paiement du prix et de la livraison.

En cas de non paiement du prix dans les délais prévus dans le cahier des charge, ou à défaut de paiement, l'article 48 in fine prévoit l'application d'une sanction à l'encontre du cessionnaire puisqu'il dispose « **il est réputé fol enchérisseur. Il résulte de la folle enchère la reprise de la procédure d'appel d'offre et de choix d'une nouvelle offre, sauf si le tribunal décide de choisir le cessionnaire parmi les précédents soumissionnaires. Le fol enchérisseur répond du dommage dû à sa folle enchère, il ne peut récupérer les sommes qu'il a avancé ou consigné à n'importe quelle étape de la procédure, et qui seront affectées au paiement des créanciers selon leurs rangs respectifs.** »

b-l'assainissement de l'entreprise cédée

D'après l'article 49 de la loi, « **par dérogation aux dispositions de l'article 292 du CDR, l'entreprise sera assainie lors de sa vente de toutes les dettes et les inscriptions précédentes y compris celles qui sont privilégiées** ». Il ressort de cet article, que la cession purge l'entreprise de ses dettes. Autrement dit, le cessionnaire acquiert une entreprise nette de dettes y compris

des inscriptions privilégiées. Par conséquent, elles ne permettent plus à leurs titulaires d'exercer un droit réel, très important à savoir le droit de suite, mais leurs permettent, d'avoir un droit de préférence au payement.

c-la continuation des contrats en cours

La poursuite de l'activité de l'entreprise cédée ne saurait être envisagée que si certaines de ses anciennes relations contractuelles sont maintenues. C'est pour cette raison que la loi a prévu dans son article 47 alinéa 2 que **« le tribunal détermine les contrats en cours conclu avec l'entreprise et nécessaires à la poursuite de son activité, et ce à la demande des soumissionnaires d'offres »**. Ce faisant, le législateur, détermine les conditions de cession des contrats. Il faut que le contrat soit nécessaire à l'activité de l'entreprise, et que sa continuation ait été voulue par le nouveau propriétaire. Ceci est différent du droit français qui prévoit que le législateur détermine une liste limitative des contrats en cours.

L'article 49 alinéa 2 envisage les effets de la cession des contrats en cours quand il prévoit **« pour les contrats en cours dont le tribunal a ordonné la continuation de l'exécution conformément à l'article 47, le cessionnaire est subrogé au cocontractant cédé dans ses droits et obligations acquis ou devenus exigibles à partir de la date de cession »**. Il s'en suit que le contrat cédé doit être exécuté tel qu'il a été conclu et que la cession n'opère pas novation.

d-la distribution du prix et l'apurement du passif

C'est le commissaire de l'exécution du plan qui procède à la distribution du prix. En l'absence de contestations, cette distribution doit intervenir dans le délai d'un mois à partir du recouvrement du prix de la cession. En cas de contestations entre les créanciers concernant le montant de la créance ou le rang dans le paiement, l'article 51 prévoit l'application de l'article 464 du CPCC, lequel article prévoit la procédure de consignation à la caisse de dépôt et de consignation.

Cette distribution n'entraîne pas toujours le désintéressement total de tous les créanciers. Si tel est le cas, l'article 49 alinéa 2 donne la possibilité aux créanciers de recevoir le paiement intégral de leur créances chez le débiteur, les cautions ou les coobligés **« les créanciers auront le droit d'agir individuellement contre le débiteur, les cautions et les coobligés solidaires pour la partie de leur créance demeurée impayée »**

Le recours contre le débiteur qui est censé en état de cessation de paiements et qui vient de céder son bien au tiers, n'offre pas beaucoup de chances de recouvrement sauf si on attend que ce débiteur soit en meilleure forme.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

- **CSEE** : Commission de suivie des entreprises économiques
- **CNSS**: Caisse nationale de sécurité sociale
- **CAC** : Commissaire aux comptes
- **RA** : Règlement amiable
- **RJ** : Règlement judiciaire
- **CP** : Cessation des paiements
- **PO** : Période d'observation
- **AJ** : Administrateur judiciaire
- **JC** : Juge commissaire
- **JORT** : Journal officiel de la république tunisienne
- **CC** : Code de commerce
- **CDR** : Code des droits réels
- **CPCC** : Code des procédures civiles et commerciales
- **CSC** : Code des sociétés commerciales

